



STEALTHING: EM BUSCA DA CRIMINALIZAÇÃO DO OBTUSO ATO DE RETIRAR O PRESERVATIVO SEM CONSENTIMENTO DO PARCEIRO (UMA APROXIMAÇÃO AO TEMA): NO DIREITO PORTUGUÊS

STEALTHING: IN SEARCH OF CRIMINALIZATION OF THE OBTUSE ACT OF REMOVING A CONDOM WITHOUT THE PARTNER'S CONSENT (AN APPROACH TO THE TOPIC)

Hugo Cunha Lança¹

¹ Doutor em Direito e Professor Auxiliar Convidado no Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes e ainda Professor Adjunto no Instituto Politécnico de Beja

RESUMO

Com este estudo, que a realidade nos constrangeu a meditar, procurámos responder a uma singela questão: é criminalizado o ato de retirar o preservativo durante uma relação sexual sem consentimento do parceiro? (e, em caso da resposta ser negativa, deveria sê-lo?)

Palavras-Chave: consentimento; ato sexual; preservativo.

ABSTRACT

With this study, which reality forced us to consider, we sought to answer a simple question: is the act of removing a condom during sexual intercourse without the partner's consent criminalized? (and if the answer is negative, should it be?)

Keywords: consent; sexual act; condom.

1 INTRODUÇÃO

Permita-se-nos começar com um *mea culpa*; não sufragamos o título que escolhemos para este artigo. Mas, ainda que desgostosos, fizemo-lo porque a locução *stealthing* é aquela que tem sido recorrentemente utilizada pela literatura jurídica para rotular esta vil prática. Procurando densificar, *stealthing*, significa, numa tradução livre, furtividade, dissimulação, disfarce e, alegadamente, entrou no léxico jurídico tendo por influência uma tecnologia utilizada na aeronáutica que permite que o avião não seja detetado (ou mais dificilmente detetado) pelos radares, paralelismo que temos profunda dificuldade em subscrever. Acresce [sendo esta a principal razão do nosso incómodo com a expressão] que a locução foi cunhada pelos próprios perpetradores



desta ignóbil prática em abjetas comunidades *on line* onde se gabam de o efetuarem e partilham os seus *doutos* ensinamentos para que outros os mimetizem¹.

Pelo exposto, sem prejuízo do título que mantemos para benefício da exposição², iremos batizar a prática enumerando aquilo em que se traduz: retirar³ o preservativo sem o consentimento do outro (fazendo o parceiro acreditar erroneamente que está a praticar um ato sexual seguro). Enfatizamos este ponto: cingimo-nos a analisar criticamente a circunstância de o preservativo ser retirado de modo furtivo sem o conhecimento do parceiro, pelo que, nestas linhas, *brevitatis causa*, não vamos indagar sobre os casos em que o parceiro é persuadido (pressionado) a aceitar que a relação sexual se faça sem preservativo, porquanto *in casu* são outras (e quiçá mais complexas) as questões que se suscitam [e por maioria de razão, não vamos analisar os casos em que o agente, após ter sido “apanhado”, “faz uso da violência ou de grave ameaça para repenetrar a vítima”⁴], ou quando acordam que não haverá ejaculação no interior do parceiro (v.g., na vagina ou na boca) e o membro masculino não cumpre o acordado, casos em que a determinação da culpa suscita problemas específicos (pela existência de um aumento do risco objetivo que foi consensualizado entre

¹Conforme BRODSKY, A. 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2 (2017), p. 184, que, não obstante, é amiúde considerada com a “mae” da expressão (assim, NUNES Danilo Henrique e SOUZA, Lucas, *Stealthing: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais*. *Revista Libertas*, Brasil: Universidade Federal de Ouro Preto. vol. 3, n.º 2. a. 2018, p. 100).

² Tal como fizeram os poucos autores nacionais que se pronunciaram sobre a temática.

³ Erradamente ou não, optámos por não equipar a retirada do preservativo à manipulação do mesmo, porquanto, sendo ambas as práticas vis e censuráveis, têm (podem ter) diferentes motivações, pelo que, tratá-las em sinonímia poderia desviar-nos do foco (para usar uma expressão em voga).

Como, *com maxima data venia*, não subscrevemos que “não existe, no plano jurídico, qualquer distinção” (MONTEIRO, Ana. Da relevância penal do *Stealthing* no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual. [tese de mestrado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 26), entre remover o preservativo e a sabotagem contraceptiva³, desde logo, porque o bem jurídico protegido é diferente. Se no *stealthing* o que se tutela é a liberdade sexual, na sabotagem contraceptiva é o direito fundamental de decidir sobre o momento da parentalidade (aparentemente no mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 668). Aliás, o que escrevemos está em linha com a nova abordagem ao crime de violação (que atualmente engloba o coito oral, coito anal e a introdução de partes do corpo e objetos) que se desligou de uma visão redutora e anacrónica que associava a violação à procriação e à valorização da maternidade (em sentido semelhante, RIBEIRO, Gil. *Deficiência do crime de violação, à luz da Convenção de Istambul*. [Tese de Mestrado]. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2019, p. 24).

⁴ NUNES Danilo Henrique e SOUZA, Lucas, *Stealthing: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais*. *Revista Libertas*, Brasil: Universidade Federal de Ouro Preto. vol. 3, n.º 2. a. 2018, p. 94.

ambos) ou, ainda, quando o agente omite uma condição de saúde (o caso paradigmático do portador de HIV positivo), porque, também aqui, se suscitam diferentes considerações [desde logo, pelo imensos paralelismos que aqui se poderiam colocar, mormente os “mitos do consentimento”⁵ (v.g., ser casado, estar numa relação, não estar apaixonado pelo parceiro ou estar apaixonado por outra pessoa, ser transgénero)] que extraviariam as nossas conclusões muito para além das nossas premissas exigindo um estudo autónomo.

Assim, e ainda numa perspetiva de densificação para matizar o objeto deste estudo, entendemos que apenas se deve falar em *stealth* quando se verificam três requisitos cumulativos: (i) foi acordado, expressa ou tacitamente, que o ato sexual será realizado com preservativo; (ii) o preservativo foi retirado deliberadamente (o que, deixámos logo escrito na introdução, suscita grandes problemas de prova); (iii) a remoção foi ocultada do parceiro.

2 AS (ESTRANHAS) MOTIVAÇÕES: UMA NOTA DE ORDEM SOCIOLÓGICA (PSICOPATOLÓGICA?)

Em meados do século XXI, numa sociedade que ingenuamente se gaba de ser a mais informada da história, após a revolução da sociedade da informação e do conhecimento, num tempo de transumanismo e de inteligência artificial, depois de muitos milhões despendidos em educação sexual, é inusitado ser confrontado com a necessidade de responder ao quesito porque é que os homens retiram o preservativo durante um ato sexual sem conhecimento (ou contra a vontade expressa) do parceiro. Escutadas as vítimas [porque não confundimos escutar com ouvir], estas ouviram respostas como "não consigo o mesmo prazer", "antes de acabar vou avisar-te", "a minha ex tomava a pílula e não estou habituado"⁶. Infelizmente não se estranha (nem se entranha) que as vítimas privilegiadas desta prática sejam as profissionais do sexo, onde o binómio poder-coisificação é mais premente.

⁵ Furtámos a expressão a MONTEIRO, Ana. Da relevância penal do *Stealth* no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual. [tese de mestrado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 70.

⁶ Por referência, recorreremos aos testemunhos do artigo de CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime? Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

Profundamente inquietante é tentar escutar as vozes dos perpetradores que, em fóruns on-line⁷ em que se dedicam a debater a prática e a ensinar como fazê-lo [porque, efetivamente, o mais hediondo da humanidade também está na páginas da internet], para além da invocação de que têm maior prazer numa relação sem preservativo, recorrem a uma narrativa cavernícola de insuportável misoginia, com argumentos da superioridade masculina (o instinto natural do homem de ejacular dentro da mulher, a necessidade de espalhar a semente, “elas gostam”), bem como considerações que se aproximam do discurso de ódio (as mulheres são inferiores, o dever das mulheres é abrir as pernas [sic])⁸.

E, porque tantas vezes a ficção é uma versão apurada da realidade, permita-se-nos convocar as palavras de *Mieko Kawakami* quando no sublime *Seios e Óvulos* [cujo trecho nos motivou a refletir criticamente sobre o tema]: “não tem nada que ver com dar a continuidade aos meus genes ou ter filhos mas dá-me uma sensação de realização pessoal. Se calhar é assim que todos os homens se sentem. Sabe quando os homens vão a sítios onde podem pagar para estar com mulheres? Ou quando chamam raparigas a casa deles? Claro que é suposto usarem preservativo, mas alguns homens fazem uma coisa, quando estão a fazer sexo por trás, em que tiram o preservativo no último momento, como se fosse a paga para as mulheres fazerem aquele tipo de trabalho, e depois vêm-se lá dentro. Tenho um amigo... Bom talvez não um amigo, mas conheço alguém que está sempre a fazer isso. Dava-lhe uma sensação de realização. Mas também lhe agradava que a rapariga com quem estava a fazer sexo nem sem percebesse o que se estava a passar. Dizia que não havia nada como aquela emoção”.

Uma nota final para abordar a triste democraticidade desta prática; dessarte, não são apenas homens com baixa condição cultural e económica que o praticam, como é paradigmático o caso de Julian Assange, fundador da Wikileaks, que, em 2010, na Suécia, foi acusado por duas mulheres de ter deliberadamente retirado o preservativo, durante uma relação sexual consensual, sem o respetivo consentimento (embora, se

⁷ E, permita-se-nos furtar palavras alheias que subscrevemos, porque também para nós foi um choque, “há todo um mundo de fóruns *on line* de homens a ensinar outros homens a fazer e a justificar o que fazem” CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime? Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

⁸ Conforme BRODSKY, A. 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2 (2017), p. 188.

quisermos colocar umas lentes de otimismo, este caso foi profundamente mediatizado e teve o mérito de contribuir para desocultar a prática e compulsar a reflexão jurídica sobre o mesmo).

3 OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL NA LEGISLAÇÃO PENAL LUSITANA

Ab initio, uma consideração inicial: temos alguma dubiedade em qualificar esta prática como violência de género⁹. Sendo apodítico que os seus autores materiais são homens¹⁰, no que concerne à vitimologia faltam-nos estudos conclusivos que permitam afiançar que as mulheres são vítimas prioritárias destas práticas (porquanto a prática é recorrente na comunidade homossexual masculina) e, como matizou a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, a *violência contra as mulheres baseada no género designa toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afecte desproporcionalmente as mulheres* (art. 3.º). Enfatizamos: o que dogmaticamente caracteriza um ato como violência de género não é o facto de ser tipicamente praticado por homens, mas a circunstância de as vítimas serem prioritariamente mulheres, o que, *in casu*, não temos a certeza.

Por outro lado, recusamo-nos a subscrever [porque escrevemos estas linhas no final do primeiro quartel do século XXI] que “é normal ceder ao não uso do preservativo pois à mulher cabe o papel passivo de satisfazer o homem nos seus propósitos sexuais”¹¹; sendo certo que a igualdade de género é um desafio constante e ainda há um longo trilho para tornar obsoleta a misoginia, cada vez mais, as mulheres do século XXI não são as passivas *Giocondas* de *Leonardo da Vinci*, mas as *Madonnas* imortalizadas por *Munch*, que assumem e vivem plenamente a sua sexualidade e os seus prazeres, sem se deixarem subjugar aos desvarios machistas

⁹ Sem hesitações, encontramos NUNES Danilo Henrique e SOUZA, Lucas, *Stealthing: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais*. *Revista Libertas*, Brasil: Universidade Federal de Ouro Preto. vol. 3, n.º 2. a. 2018, p. 106.

¹⁰ Em sentido não totalmente coincidente, Inês Ferreira Leite oferece o exemplo de uma relação sexual em que o homem está amarrado e a parceira retira o preservativo sem o seu consentimento; em nossa defesa, recorreremos à sabedoria popular e recordamos o adágio de que as exceções apenas existem para confirmar a regra.

¹¹ MONTEIRO, Ana. Da relevância penal do *Stealthing* no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual. [tese de mestrado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 25.

de uma sociedade que, ainda sendo patriarca, começa a vislumbrar aquela *madrugada que se esperava, o dia inicial inteiro e limpo, onde emergimos da noite e do silêncio e livres habitamos a substância do tempo*¹².

Retomando a nossa rota epistemológica, importa indagar se a factualidade *sub judice* (a remoção do preservativo sem conhecimento do parceiro) é passível de ser subsumida aos tipos criminais contra a liberdade e a autodeterminação sexual previstos e punidos pelo Código Penal Português.

Uma hipotética primeira possibilidade seria subsumir estes factos ao crime de **fraude sexual** (art.167.º) que dispõe que, *quem aproveitando-se fraudulentamente de erro sobre a sua identidade pessoal, praticar com outra pessoa acto sexual de relevo é punido com pena de prisão até um ano*.

Se é atraente que esta incriminação tenha por base uma intenção fraudulenta, a existência de um erro (e, *in casu*, o modo dissimulado como se retira o preservativo preencheria sem dificuldades dogmáticas esta categoria), uma mera interpretação literal da norma condena-nos a reconhecer que, da panóplia de erros possíveis, apenas se criminaliza o erro sobre a identidade pessoal, no sentido de uma pessoa fazer-se passar por outra (invariavelmente, o exemplo académico é o do gémeo que pratica atos sexuais de relevo com a companheira do seu irmão). Nesse sentido, são lapidares as palavras de Anabela Rodrigues que recorre às atas da reforma onde de modo cristalino se clarifica que “a identidade não é referenciada às qualidades da pessoa (engenheiro, canalizador), mas sim (e só) a outra pessoa física”¹³. Pelo exposto, são desnecessárias mais considerações para afiançar que, da forma como foi construído o tipo penal, não é possível enquadrar o *stealth*.

Uma outra possibilidade em abstrato seria chamar à colação o tipo penal de **abuso sexual de pessoa incapaz de resistência** que criminaliza *quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade* (art. 165.º), caminho que já foi trilhado no direito comparado (mormente no direito suíço); sucede que este ordenamento tem uma construção penal diferente. Dessarte, se a norma do código penal suíço dispõe que *quem sabendo que uma pessoa é incapaz de discernimento ou resistência, aproveitar a oportunidade para cometer sobre ela um ato sexual,*

¹² As palavras, como o leitor reconhece, foram furtadas a Sophia de Mello Breyner Anderson.

¹³ RODRIGUES, Anabela. Comentário ao art. 166.º (Fraude Sexual). *Comentário Conimbricense ao Código Penal*. Tomo II. Org. DIAS, Figueiredo. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 491.

semelhante ou outro ato sexual, pelo que, não sem aporias, seria lícito afirmar-se que em (determinadas) posições dos corpos o agente poderia deixar a vítima incapaz de resistir e aproveitar-se desse facto; no entanto, quando analisamos a norma pátria, somos constringidos a reconhecer que “a intenção do legislador foi a de criminalizar o aproveitamento de um estado ou de uma incapacidade pré-existentes e não enquanto realidades que o próprio agente pode criar através da sua vontade. É precisamente o deliberado aproveitamento da fragilidade de um estado físico ou psíquico já existente que justifica esta criminalização, sendo este o seu traço distintivo face aos outros tipos penais da criminalidade sexual”¹⁴.

Ainda neste sentido, são lapidares as palavras de Figueiredo Dias: “a especificidade do conteúdo do ilícito deste preceito reside em que o agente não quebra a resistência da vítima - como sucede nos casos dos arts. 163.º e 164.º -, mas aproveita-se de uma já existente incapacidade de resistência”¹⁵, pelo que nem toda a bonomia interpretativa poderia indiciar a subsunção desta prática a este tipo penal.

A hipotética aplicação do crime de **coaço sexual**, tal como está previsto e punido na legislação penal portuguesa, também não pode ser considerada, porquanto o que caracteriza este crime é o facto de o agente praticar um ato sexual de relevo sem penetração e é apodítico que o recurso ao preservativo pressupõe (pelo menos) a intenção de penetrar, seja através de cópula, coito oral ou coito anal, caindo na *facti species* do crime de violação.

Consequentemente, resguardámos a escarpelização do **crime de violação** para o final deste percurso, porquanto, quando dissecamos a (parca) literatura que se tem debruçado criticamente sobre *stealth*, encontramos avisadas vozes que pretendem subsumir esta prática ao tipo penal de violação argumentado, assertivamente, que num *momentum* em que a pedra de toque para a qualificação como violação é o consentimento e não a força ou a ameaça, esta prática poderia subsumir-se àquele tipo penal¹⁶. Sucede que, desde logo e infelizmente, a norma

¹⁴ MONTEIRO, Ana. Da relevância penal do *Stealth* no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual. [tese de mestrado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, pp. 17 e ss.

¹⁵ DIAS, Figueiredo. Comentário ao art. 166.º (Abuso sexual de pessoa incapaz de oferecer resistência). *Comentário Conimbricense ao Código Penal*. Tomo II. Org. DIAS, Figueiredo. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 477.

¹⁶ Neste sentido, BRODSKY, A. 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2 (2017), p. 187.

penal portuguesa está presa a arquétipos e preconceitos do passado, como procuraremos demonstrar.

Como referimos, tem sido experimentado pela doutrina procurar subsumir o *stealthing* ao crime de violação. Nesta senda, trazemos para o debate as palavras de Isabel Ventura: “na minha perspetiva é um crime sexual, que se enquadra na atual redação do crime de violação. Porque estamos perante um ato sexual consentido que pela remoção do preservativo se transforma num ato não consentido: a pessoa não consentiu em sexo sem preservativo”¹⁷. Inobstante, a própria autora reconhece que seria desejável uma referência expressa no texto legal, porquanto “se não estiver explícito o mais certo é que um magistrado considere que não é crime”¹⁸. Em sentido semelhante, Rita Mota e Sousa, magistrada do Ministério Público, questiona: “a pessoa quereria, consentiria naquela relação sexual se soubesse que não havia preservativo?” Concluindo pela negativa, sustenta que “é óbvio que a liberdade e autodeterminação sexuais têm de ser protegidas. Pode-se entender que a pessoa, sendo ludibriada, está a ser constrangida a um ato que não consentiu. E nesse sentido acho que o *stealthing* cabe na atual letra da lei. Porque a relação sexual tem de ser consentida no todo.”¹⁹

Também Ana Monteiro, após densificar o tipo penal, mormente o factualidade de o tipo estar preenchido quando o agente coloca a vítima na impossibilidade de resistir para posteriormente a constranger a praticar um ato sexual de relevo com penetração, sustenta que “nas situações de *Stealthing* podemos verificar que a vítima se encontra mentalmente sem capacidade para resistir, posto que, através do desconhecimento da verdadeira intenção do agente, a vítima acredita que tudo se vai desenrolar conforme planeado inicialmente”²⁰. A A. continua o seu raciocínio e ainda

¹⁷ Isabel Ventura, em diálogo com CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime? Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

¹⁸ Isabel Ventura, em diálogo com CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime? Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

¹⁹ Rita Mota Sousa Isabel Ventura, em diálogo com CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime? Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

²⁰ MONTEIRO, Ana. Da relevância penal do *Stealthing* no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual. [tese de mestrado]. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 77.

considera “o engano como um meio que constrange a vítima à prática de um ato sexual que a mesma verdadeiramente nunca quis”²¹, pelo que junta a sua voz àqueles que defendem que o nosso ordenamento jurídico já pune o *stealth* como violação. Para benefício da exposição, trazemos ao texto o tipo penal que, na sua redação atual²², num paradigmático exemplo de legislar por “tentativa e erro”²³, dispõe:

Quem constranger outra pessoa a:

a) Sofrer ou praticar consigo ou com outrem cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) Sofrer ou praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de um a seis anos.

2 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa:

a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou

b) A sofrer ou a praticar atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos;

é punido com pena de prisão de três a dez anos.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se como constrangimento qualquer meio, não previsto no número anterior, empregue para a prática dos atos referidos nas respetivas alíneas a) e b) contra a vontade cognoscível da vítima.

Uma análise perfunctória ao tipo penal, indicia que o legislador lusitano colocou a tónica no conceito de constranger²⁴, não sufragando as obrigações assumidas aquando da ratificação pelo Estado Português da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul)²⁵, onde, no que concerne à violência sexual, determina, o artigo 36.º, que:

²¹ *Ibidem*.

²² E, recordamos, que, em pouco mais de uma década, o artigo teve quatro diferentes versões, mormente a versão da Lei n.º 59/2007, de 04/09, que após a ratificação da Convenção de Istambul foi alterada pela Lei n.º 83/2015, de 05/08, que, com as críticas doutrinárias foi alterada primeiro pela Lei n.º 101/2019, de 06/09 e ainda recentemente pela Lei n.º 45/2023, de 17/08.

²³ Como assertivamente qualifica CAEIRO, Pedro. Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 29, n. 3 (2019), p. 635.

²⁴ Sobre o tema *vide*, as assertivas críticas, de SOTTOMAYOR, Maria Clara. O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011. *Revista do Ministério Público*. a.128 (2011), pp. 273-318.

²⁵ E, para que as nossas palavras não fiquem isoladas, convocamos o Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report, on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) PORTUGAL, GREVIO/Inf (2018)16, Council of Europe, 21 January, p. 49.

As partes tomarão as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização das seguintes condutas intencionais: a) a penetração vaginal, anal ou oral não consentida, de carácter sexual, do corpo de outra pessoa com qualquer parte do corpo ou com um objecto; b) outros actos de carácter sexual não consentidos com uma pessoa; c) obrigar outra pessoa a praticar actos de carácter sexual não consentidos com uma terceira pessoa.

O consentimento deve ser dado voluntariamente, por vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

Dessarte, não precisamos de ser penalistas²⁶ para concluir que a pedra sobre a qual a Convenção de Istambul erigiu a proteção das vítimas de violência sexual é o não consentimento (e não o constrangimento). E, por maior bonomia exegética, não podemos por benévolo desejo analítico, interpretar as expressões como sinónimos ou defender que “o conceito de “constrangimento”, ainda que por qualquer meio, abarca todas as condutas não consentidas livremente”²⁷. Basta passear por um Dicionário da Língua Portuguesa para se concluir que se constranger é “tolher a liberdade a (ou de); subjugar, sujeitar, dominar [...] obrigar”²⁸, quando convocamos a locução consentimento é “o acto ou efeito de consentir, manifestação favorável a que alguém faça (algo); permissão, licença [...] manifestação de que se aprova (algo); anuência, aquiescência, concordância”²⁹. Como, não podemos escamotear por desejo exegético que não foi por desleixo ou imperícia que o legislador luso não recorreu ao vocábulo consentimento no tipo penal de violação, mas, porque a inclusão do mesmo no idioma da criminalidade sexual tem suscitado objeções³⁰. Aliás, no rescaldo da ratificação da Convenção de Istambul, o Bloco de Esquerda³¹, *v.g.*, elaborou um projeto de lei que

²⁶ E deixamos escrito que do Direito penal somos um observador externo, porquanto a batina dos penalistas é demasiado pesada para a leveza dos nossos conhecimentos

²⁷ RIBEIRO, Gil. *Deficiência do crime de violação, à luz da Convenção de Istambul*. [Tese de Mestrado]. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2019, p. 8. No mesmo sentido, CAEIRO, Pedro. Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 29, n. 3 (2019), p. 644, considera que “constranger, no âmbito dos crimes sexuais, é obrigar outra pessoa a praticar ou a sofrer um acto sexual contra a sua vontade”.

²⁸ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Instituto António Houaiss de Lexicografia Portuguesa. Lisboa: Temas e Debates, 2005.

²⁹ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Instituto António Houaiss de Lexicografia Portuguesa. Lisboa: Temas e Debates, 2005.

³⁰ Como reconhece VENTURA, Isabel. Um corpo que seja seu – podem as mulheres [não] consentir? *Revista ex æquo*, n. 31 (2015), p. 76 e ss., num excelente percurso histórico sobre a voz das mulheres.

³¹ Para um cotejo sobre os múltiplos projetos de lei, *vide* CAEIRO, Pedro. Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. a. 29, n. 3 (2019), pp. 631-679;

não mereceu acolhimento pelo Plenário, no qual o crime de violação teria como paradigma a falta de consentimento da vítima³².

Sublinhamos a nossa convicção sobre a querela porque não temos ambiguidades dogmáticas: uma relação sexual sem consentimento é violação; sucede que, por estranhas razões [possivelmente ainda é verdadeiro o axioma de Sophia e a *mulher continua a viver na cidade do homem*], a premissa não é válida no direito penal português onde se continua a exigir um qualquer constrangimento, porque, mesmo depois de três alterações legislativas, continuamos a não cumprir as obrigações que assumimos com a ratificação da Convenção de Istambul. E, se nos é permitido entrar em seara alheia, não sufragamos a aspiração exegética de, tendo por base a receção direta do art. 8.º da CRP, interpretar o disposto sobre o crime de violação à luz da Convenção, alargando o tipo criminal, porquanto a exegese parece-nos incompatível com o primado da tipicidade e da legalidade do Direito penal e suscitaria intransponíveis questões constitucionais.

Dessarte, existem quatro caminhos possíveis para qualificar um ato como violação: (i) o constrangimento, que exige o uso da força ou da ameaça grave, (ii) o dissentimento; (iii) o consentimento, e, (iv) o consentimento entusiástico.

Permita-se-nos começar pelo fim. Se sufragamos que o conceito de consentimento entusiástico, expresso no axioma *if it's not an enthusiastic yes, then it's a no*, i e., um consentimento ativo, claro, inequívoco e entusiasmado por todas as partes envolvidas, sem ambiguidades ou dúvidas, porque é este que promove relacionamentos saudáveis e respeitosos, em que as partes se sentem valorizadas, ouvidas e respeitadas, e sufragamos que este é o paradigma para uma sexualidade que se deseja saudável, pelo que a ordem moral deve promover uma cultura de consentimento para prevenir violência sexual, com igual veemência, entendemos que o mesmo não pode ser o padrão jurídico, sob pena de alargarmos o tipo sexual de violação a parâmetros incomensuráveis. Com efeito, são múltiplas e heterogêneas as motivações para uma pessoa, no gozo da sua liberdade e autodeterminação, interagir sexualmente e punir criminalmente uma parte quando a outra não está entusiasmada criaria uma insustentável incerteza no mundo da sexualidade³³.

³² “Quem, sem consentimento, constranger outra pessoa a penetração vaginal, anal ou oral, através de partes do corpo ou de objetos, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos”.

³³ Similarmente: “isto porque nos parece que criminalizar um comportamento sexual com base na inexistência de uma aceitação/participação entusiasta ultrapassaria os limites de uma legítima

Como rejeitamos liminarmente a concepção de que só existe violação se o agente ameaçar a vítima ou a ameaçar, credora de uma sociedade patriarcal e misógina que insiste em interpretar o homem como predador e a mulher como presa, a quem incumbe o ónus da resistência, o insuportável peso de ter de lutar pela sua pureza; dessarte, sem ambiguidades ou dubiedades, *não, significa não* e a consumação de um ato sexual após a recusa da vítima é uma violação.

O cerne da questão, salvo melhor opinião, é determinar se o parâmetro da violação deverá ser o consentimento (*só o sim é um sim*) ou se o dissentimento (*um não é um não*). E, *ab initio*, esclarecemos que a questão não é mera semântica, mas uma querela verdadeiramente copérnica sobre a licitude da interação sexual.

Mas, antes de a enfrentar, um curto desvio para enfatizar que o consentimento para a concretização de um ato sexual não é o previsto no art. 38.º do Código Penal que *exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes*, porquanto o ato sexual não pode ser interpretado como uma agressão cujo consentimento exclui a sua punibilidade, porque, como nos ensinou *Simone de Oliveira*, atualmente *quem faz um filho fá-lo por gosto* e o fim do débito conjugal também significa que as mulheres têm uma contribuição ativa e desejada na sexualidade.

De regresso à nossa rota, o cerne do libelo é aferir se um ato sexual é livre apenas quando a mulher expressamente consente (exigindo-se-lhe uma atuação positiva, uma manifestação inequívoca, expressa ou tácita, de que concorda com o ato sexual) ou se o ato sexual será legítimo sempre que a mulher, expressa ou tacitamente, não o recusa, pelo que, o seu comportamento passivo legitima o ato.

Entendemos que, o padrão de Istambul, é o dissentimento, o mesmo será dizer, um ato sexual de relevo apenas deve ser criminalizado quando a vítima não o consentiu. O que, sublinhe-se, pode ser afirmado expressamente (o não) ou

intervenção penal, podendo também não se mostrar adequado à realidade das relações interpessoais. Se é verdade que está totalmente ultrapassada a ideia de que um “não” da mulher deve ser lido como um “sim”, correspondendo esta ideia a um estereótipo ou um mito do passado, também nos parece que nem sempre o “sim” tem de ser verbal e expresso com entusiasmo, podendo ser tácito ou pouco expansivo. Ora, não cremos que se deva responsabilizar penalmente (o tipo de responsabilidade mais severa da ordem jurídica) quem atue perante a mera aceitação ou tolerância do outro (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação - reflexão à luz da Convenção de Istambul. In. Crimes Sexuais. 2.ª Ed. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 2021, p.31).

tacitamente, quando, pelo seu comportamento, o agente tenha ou deva ter consciência de que a outra pessoa não desejava aquele ato de intimidade sexual.

Acresce que, mesmo que o legislador pátrio tivesse feito o que se vinculou [ou quando o fizer, porque acreditamos que tal irá acontecer na próxima revisão da norma] e, como há muito subscrevemos, o dissentimento for o elemento caracterizador do crime de violação, o que separa o lícito do ilícito, não estamos convencidos de que o *stealth* possa subsumir-se ao tipo.

No sentido de que, à luz da Istambul, o *stealth* é violação, alega-se que “considerando a retirada do preservativo durante o ato sexual com desconhecimento do/a parceiro/a como quebra do consentimento, adota a posição de que a prática de *stealth* é um ato sexual não consentido, logo, é violação”³⁴, uma vez que o consentimento dado apenas cobre o ato sexual com uso do preservativo. Em sentido coincidente, também se diz que as vítimas consentem ser tocadas pelo preservativo mas não pelo corpo (pénis) do parceiro³⁵, pelo que estariam preenchidos os requisitos para qualificar os factos como violação.

Assumimos a nossa reserva em relação a esta interpretação. Se, sem dubiedade, nos parece insofismável que o consentimento para a cópula não subjaz consentimento para sexo anal, se o consentimento para sexo oral não pressupõe a licença para ejacular na boca do parceiro, já não subscrevemos que a autorização para acariciar o peito esquerdo não significa que se consinta na carícia ao seio direito, da mesma forma que permitir o acariciar a vagina não pressupõe a estimulação clitoriana.

Como, por maioria de razão, somos céticos no argumento de que as vítimas consentem ser tocadas pelo preservativo mas não pelo corpo do parceiro, que nos parece credora do entendimento de que todo o ato sexual é uma agressão³⁶. O que

³⁴ Pedro Neto, em diálogo com CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime? Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

³⁵ O argumento é apresentado por BRODSKY, A. 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2 (2017), p. 190. E muito menos nos convence o argumento de que o agente, quando retira o preservativo, faz uma repenetração sem que tenha existido consentimento para esta; se tomarmos a premissa como boa, seria necessário um novo consentimento, sempre o que existe uma nova penetração, conclusão que iria extravasar muitíssimo o conceito de consentimento.

³⁶ Também excluindo a tipificação da prática como violação, pronunciou-se Inês Ferreira Leite, citada por CÂNCIO, Fernanda. Tirar o preservativo durante o sexo sem o parceiro saber deve ser crime?

subscrevemos é que, porque o sexo não protegido acarreta um pertinente conjunto de riscos, o desejo de ter uma relação sexual com preservativo pode desaparecer se o ato sexual for desprotegido.

Por outro lado, não estamos seguros que pretender alargar o tipo penal de violação para incluir a remoção não consentida do preservativo será o mais desejável caminho, porquanto tememos que um excessivo alargamento do tipo possa vulgarizar o valor inegável axiológico deste crime esvaziando o seu conteúdo. E, se convocarmos as vítimas, também estas têm dificuldades em qualificar o *stealth* como violação³⁷.

Importa ter sempre presente e nunca escamotear que a restrição de direitos que as penas criminais implicam têm por base o primado da proporcionalidade e necessidade contido no art. 18.º, n.º 2, da CRP, que devem ser casuisticamente mesurados perante as concretas factuais.

Uma nota ainda para a passível qualificação destes atos como **importunação sexual**, na medida em que o art. 170.º do CP pune *aquele que constranger outra pessoa a contacto de natureza sexual*. Se não temos pejo em deixar escrito que a remoção do preservativo contra a vontade do parceiro poderá subsumir-se a um contacto de natureza sexual, mais uma vez, tememos que a aplicação da norma penal seja inquinada pela exigência do constrangimento.

Por tudo o que deixámos escrito após o cotejo pelos tipos penais abstratamente aplicáveis, estamos convictos de que esta prática apenas poderá ser subsumível ao tipo criminal de **violência doméstica**; destarte, quando dissecamos a norma legal, percebemos que é passível ser punido o agente que, *de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais*.

Contrariamente aos tipos penais que analisámos, em que se exige que o agente pratique um ato sexual de relevo, o crime de violência doméstica apenas exige uma ofensa sexual e, sem complexas aritméticas argumentativas e interpretativas,

Diário de Notícias (27 de maio de 2018), disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html/>

³⁷ Como refere BRODSKY, A. 'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2 (2017), p. 183. Embora o argumento que usamos não seja decisivo; é consabido que, muitas vítimas de violação não percebem que o são, mormente nos casos de *date rape*, conforme recorda SOTTOMAYOR, Maria Clara. O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011. *Revista do Ministério Público*. a.128 (2011), p. 293.

podemos pacificamente concluir que a remoção do preservativo sem o conhecimento do outro é uma ofensa de caráter sexual.

Sucedem que esta conclusão não aquietam as nossas preocupações, porquanto, como resulta da norma, este é um crime específico em que a vítima obrigatoriamente é o *cônjuge*, o *ex-cônjuge* ou a *pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação*, pelo que, fica proscrita a condenação em todas as situações em que seja um encontro sexual casual ou esporádico.

Como, não nos tranquiliza que esta prática possa também vir a ser punida como **propagação de doença contagiosa**, prevista e punida no art. 283.º do Código Penal, uma vez que este tipo penal apenas é chamado à colação quando o patológico se sobrepõe ao patológico, i. e., quando alguém é vítima de uma agressão sexual e, em consequência desta, contrai uma doença sexualmente transmissível [até porque, estamos convictos, aqui existe um caso de concurso de crimes].

4 A NECESSIDADE DE TIPIIFICAÇÃO

Brevitatis causa, porque este não é o tempo nem o momento para penetrar na seara densa da teoria do direito penal nem dissecar as teorias sobre a definição de crimes³⁸, limitamo-nos a recordar que a defesa da criminalização de uma conduta é um silogismo que assenta em duas premissas fundamentais: a dignidade punitiva do bem jurídico que desejamos proteger e o princípio da necessidade em tutelar esta pretensão, que tem como baliza hermenêutica o primado da subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal, traduzido no axioma de NATSCHERADETZ: “o Direito penal só deve intervir para a defesa dos bens jurídicos indispensáveis à coexistência dos homens”³⁹. E, *ab initio* assumimos, a ambos os quesitos respondemos afirmativamente.

Assim, no que concerne à dignidade do bem jurídico protegido, continuamos a tutelar a liberdade sexual, plasmada na autodeterminação do agente para decidir se

³⁸ Até porque egrégias vozes já o fizeram e para quem remetemos, v.g., COSTA, José de Faria. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. a 142 (janeiro- fevereiro). Coimbra, Gestlegal, 2013, pp. 158 a 173.

³⁹ *Apud.* RIBEIRO, Gil. *Deficiência do crime de violação, à luz da Convenção de Istambul*. [Tese de Mestrado]. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2019, p. 23.

pretende ou não ter uma relação sexual sem preservativo, porquanto parece-nos insofismável que usar ou não usá-lo pode alterar a vontade do agente. Até porque, e sendo despiciendo deixá-lo escrito porque é axiomático, mas assumindo o pecado do pleonismo, recordamos que, para além do vil menosprezo pela vontade declarada da vítima e subsequente coisificação, esta prática expõe-na ao risco das doenças sexualmente transmissíveis e, no caso das mulheres, a uma gravidez indesejada. Também no que concerne ao respeito pelo primado da proporcionalidade, cremos que a sua tipificação penal se justificaria pelo efeito dissuasor da norma criminal e pela dignidade do bem jurídico protegido. Apenas, temos dúvidas, se se justificaria um tipo legal específico ou se uma neointerpretação do tipo de fraude sexual poderia tutelar a condenação penal desta prática.

5 CONCLUSÕES

Sustentámos neste estudo que esta prática é subsumível [não sem aporias] ao tipo penal de violência doméstica, mas não encontramos jurisprudência para sustentar a nossa tese.

Mas, estamos convictos que não tivemos uma epifania nem escapámos das sombras da caverna de Platão enquanto deixámos o judiciário amarrado às cordas: se não detetámos que a norma tenha sido aplicada para punir está prática acreditamos que a razão pouco abscondida para o facto é a torpe circunstância de o *stealth* ser característico de relações ocasionais e esporádicas e não no contexto de uma relação afetiva (e, tememos, por ainda alguma falta de consciência da ilicitude desta prática por parte das vítimas, bem como do ancestral constrangimento em apresentar queixa dos crimes sexuais, especialmente quando praticados dentro de uma relação dita afetiva). Com efeito, do que pesquisámos, nunca o *stealth* foi a julgamento em Portugal. O que não significa que a prática inexista, como estudos empíricos confirmam.

Nestas linhas, concluímos que a *stealth* não se subsume aos tipos penais que tutelam a liberdade sexual, tal como estão construídos, pelo que a prática é, atualmente, penalmente irrelevante. Mas, se também sufragamos que o primado da necessidade e proporcionalidade exige que o Direito Penal não seja a solução de

todas as iniquidades, *in casu*, dada a dignidade do bem jurídico protegido, o *stealththing* deveria ser criminalmente perseguido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

BRODSKY, A. **“Rape-Adjacent”**: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 32, n. 2, 2017, p. 183-210.

BUCHANAN, Kim. When Is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent. **Minnesota Law Review**, v. 99, 2015, p. 1231-1342.

CAEIRO, Pedro. Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, a. 29, n. 3, 2019, p. 631-679.

COSTA, José de Faria. Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não ileberal. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, a. 142, jan./fev. 2013, p. 158-173. Coimbra: Gestlegal.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. A tutela da liberdade sexual e o problema da configuração dos crimes de coação sexual e de violação – reflexão à luz da Convenção de Istambul. In: **Crimes Sexuais**. 2. ed. Lisboa: Centros de Estudos Judiciários, 2021, p. 13-38.

DIAS, Figueiredo. Comentário ao art. 166.º (Abuso sexual de pessoa incapaz de oferecer resistência). In: DIAS, Figueiredo (Org.). **Comentário Conimbricense ao Código Penal**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MONTEIRO, Ana. **Da relevância penal do Stealthing no ordenamento jurídico português: contributo para o estudo do bem jurídico liberdade sexual**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.

NUNES, Danilo Henrique; SOUZA, Lucas. Stealthing: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais. **Revista Libertas**, v. 3, n. 2, 2018, p. 93-108. Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil.

RIBEIRO, Gil. **Deficiência do crime de violação, à luz da Convenção de Istambul. 2019.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Católica, Porto.